

BESTUURSRECHT AAN DE HORIZON

W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle

BESTUURSRECHT AAN DE HORIZON

*Opstellen over materieel bestuursrecht
bij gelegenheid van de tachtigste verjaardag van
prof.mr. S.F.L. baron van Wijnbergen*



W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle - 1994

Inhoudsopgave

Mr. H.J.A.M. van Geest/Prof. dr. A.B. Ringeling <i>Een tweeluik. Over de opschuivende grenzen van het bestuursrecht</i>	1
Prof. mr. P.C. Gilhuis <i>Over de huidige mogelijkheden van het houden van referenda in het Koninkrijk der Nederlanden</i>	21
Mr. P.C.M. Heinen <i>Verkennde beschouwingen over conversie in het Nederlandse bestuursrecht</i>	35
Prof. mr. H.Ph.J.A.M. Hennekens <i>De publiekrechtelijke overeenkomst op de juridische korrel</i>	53
Prof. mr. drs. F.C.M.A. Michiels <i>Een intrigerende sanctie. Beschouwingen over de bestuurlijke dwangsom naar aanleiding van de jurisprudentie en de regeling in het voorontwerp derde tranche Algemene wet bestuursrecht</i>	79
Mr. H.J.B. Sackers <i>Strafrecht en bestuursrecht, twee geloven op een kussen?</i>	101
Mr. Lidy F. Wiggers-Rust <i>Overheidsbestuur per contract en het primaat van het publiekrecht</i>	123
Mr. P.C.E. van Wijmen <i>Samenloop van bestuursrecht en burgerlijk recht bij onrechtmatige daad</i>	135
Auteurs	149

Verkennde beschouwingen over conversie in het Nederlandse bestuursrecht*

Inleiding

1 Het leerstuk van de conversie is vooral uit het privaatrecht bekend. Binnen het privaatrecht is de mogelijkheid van conversie van privaatrechtelijke rechtshandelingen expliciet geregeld in artikel 3:42 BW. Een op deze privaatrechtelijke conversie lijkende figuur duikt met enige regelmaat op in het bestuursrecht. Voornamelijk de TwK-rechter (alsmede voorheen de Kroon) en de Afdeling rechtspraak van de Raad van State lijken mogelijkheden te zien om ongeldige of rechtens onjuiste besluiten van bestuursorganen te herleiden tot rechtsgeldige of rechtens juiste besluiten. Dit is met name het geval in het milieurecht en het ruimtelijke ordeningsrecht. Bij wege van fictie lijkt dan door de administratieve rechter in plaats van het rechtens onjuiste besluit het rechtens juiste besluit te worden aangenomen. Deze figuur is te kwalificeren als bestuursrechtelijke conversie. Ook de Centrale Raad van Beroep heeft een aantal uitspraken gedaan, waarbij de gedachte aan conversie kan opkomen. Anders dan conversie in het privaatrecht, kent conversie binnen het bestuursrecht geen expliciete wettelijke grondslag. Bij bestuursrechtelijke conversie kan tevens gedacht worden aan de bij wet (binnenkort artikel 8:72, lid 4 Awb of artikel 36, lid 1, dan wel artikel 42 WRvS nieuw¹) geregelde bevoegdheid van de administratieve rechter om zelf in de zaak te voorzien. Deze bevoegdheid houdt - kort gezegd - in dat de rechter bepaalt dat zijn uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit of het vernietigde gedeelte daarvan. Tussen conversie en het zelf in de zaak voorzien bestaat een wezenlijk verschil. Anders dan bij het zelf in de zaak voorzien, vernietigt de rechter bij conversie het desbetreffende te converteren besluit niet. Bij conversie lijkt met name de TwK-rechter juist geen gebruik (te willen?) maken van zijn bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien. In deze bijdrage zal - vergelijkend met conversie in het privaatrecht - een aantal vragen over conversie in het bestuursrecht aan de orde komen. Het zal hierbij vooral gaan om verkennende beschouwingen over dit onderwerp, dat tot nu toe in de literatuur nauwelijks aandacht heeft gekregen.

* Deze bijdrage werd op 1 november 1993 afgesloten.

1 In beroep en hoger beroep steunt de bevoegdheid van de Afd. bestuursrechtspraak van de R.v.St. om zelf in de zaak te voorzien vermoedelijk per 1 januari 1994 op respectievelijk art. 36, lid 1, en art. 42 van de nwe WRvS. Art. 8:72, lid 4, Awb ziet op deze bevoegdheid van de rechtbank in eerste aanleg.

Inhoud

2 In dit artikel zal eerst de conversie in het privaatrecht kort worden besproken. Vervolgens zal worden gezien of artikel 3:42 BW ook voor het bestuursrecht kan gelden. In dat kader zal de verhouding tussen de conversie zoals geregeld in artikel 3:42 BW en het bestuursrecht voor het voetlicht worden gebracht.

Verder zal aan de hand van de jurisprudentie worden onderzocht of, en zo ja, in hoeverre de rechter binnen het bestuursrecht bereid is om tot conversie over te gaan. Daarna zal worden onderzocht of de administratieve rechter, bij gebreke van een expliciete wettelijke grondslag voor conversie, terzake conversie wellicht aansluiting kan zoeken bij rechtsfiguren zoals: a. het zelf in de zaak voorzien, of b. het geheel of gedeeltelijk in stand laten van de rechtsgevolgen van een (gedeeltelijk) vernietigd besluit (gedektverklaring van de nietigheid), of c. het in stand laten van een besluit bij schending van een vorm- of procedurevoorschrift, of d. ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden. Daarbij zal de Algemene wet bestuursrecht, alsmede, zo nodig, de nieuwe Wet op de Raad van State als uitgangspunt worden genomen, omdat deze wetten binnenkort in werking zullen treden. Vervolgens zal de mogelijkheid worden aangestipt van conversie van door de rechter onverbindend geachte algemeen verbindende voorschriften in rechtsgeldige beleidsregels. Verder zal nog worden verwezen naar enkele bijzondere toepassingen van conversie binnen het overgangsrecht. Dan volgen enkele slotopmerkingen en conclusies.

Conversie in het privaatrecht

3 Met het oog op de rechtszekerheid heeft de wetgever in artikel 3:42 BW de conversie geregeld: de van rechtswege intredende omzetting van een nietige rechtshandeling in een andere rechtshandeling die wel rechtsgeldig is. Door sommigen wordt wel gesteld dat de civiele rechter als het ware een nietige rechtshandeling slechts vertaalt in een rechtsgeldige.² Het vonnis waarbij een rechtshandeling wordt geconverteerd, betreft een declaratoir vonnis.³

Uitsluitend wanneer aan twee in artikel 3:42 BW genoemde vereisten is voldaan, vindt conversie plaats. In de eerste plaats dient er sprake te zijn van een nietige rechtshandeling, ongeacht op welke grond de nietigheid bestaat. Conversie is zowel

2 Zie o.a.: Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Deventer 1988, p. 320: volgens hem is conversie geen rechterlijke werkzaamheid die in een constitutioneel vonnis uitmondt, maar een van rechtswege gegeven vertaling in passende rechtsgevolgen; zie verder: A. Pitlo, *Het Nederlands Burgerlijk Wetboek*, deel 3, Algemeen deel van het verbintenissenrecht, Arnhem 1979, p. 264. Anders: Asser-Rutten, *Verbintenissenrecht*, deel 4 II, Algemene leer der overeenkomsten, Zwolle 1982, p. 386: volgens hen dient conversie te worden onderscheiden van interpretatie (uitleg) van wet of overeenkomst. In dezelfde zin: Asser-Hartkamp, *Verbintenissenrecht*, deel 4 II*, Algemene leer der overeenkomsten volgens het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Zwolle 1985, p. 429.

3 Vgl.: Jac. Hijma, t.a.p.; en zie: *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek*, parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien, onder eindredactie van C.J. van Zeben en J.W. du Pon, Deventer 1981, p. 198 (MvA II).

mogelijk van rechtshandelingen die van meet af aan nietig zijn als van rechtshandelingen welke eerst naderhand zijn vernietigd. In de tweede plaats dient de strekking van de nietige rechtshandeling in zodanige mate te beantwoorden aan die andere wel als rechtsgeldig aan te merken rechtshandeling dat aangenomen moet worden dat die andere rechtshandeling zou zijn verricht als van de eerstbedoelde rechtshandeling wegens haar ongeldigheid zou zijn afgezien. De woorden 'dat aangenomen moet worden' duiden op een objectief criterium. Met andere woorden: zou door redelijke contractspartijen die andere rechtshandeling wel zijn verricht. Het gaat er derhalve niet zozeer om of partijen de omzetting feitelijk zouden hebben gewild (subjectief criterium).⁴ Indien aan evengenoemde eisen is voldaan, krijgt de nietige rechtshandeling van rechtswege, dat wil zeggen zonder dat daarop door een van partijen een beroep behoeft te worden gedaan, de werking van de andere, rechtsgeldige rechtshandeling. Daarbij is het niet van belang of partijen de nietigheid van de geconverteerde rechtshandeling kenden of behoorden te kennen. Conversie treedt ook in wanneer bewust een nietige rechtshandeling is verricht. Conversie vindt evenwel niet plaats indien dat onredelijk zou zijn jegens een belanghebbende die niet als partij aan de totstandkoming van de rechtshandeling heeft meegewerkt. De rechter dient bij voorbeeld ervoor te waken dat door conversie rechten of belangen van derden worden geschonden. Volgens de wetgever vormen de redelijkheid en billijkheid de rechtsgrond voor conversie.⁵

Voordat artikel 3:42 BW in werking trad, achtte de Hoge Raad conversie onder min of meer dezelfde vereisten al mogelijk. Bekend zijn de arresten over conversie op het gebied van het arbeidsrecht, waarbij de Hoge Raad toestond dat een ongeldige ontslagaanzegging op staande voet werd geconverteerd in een rechtsgeldige opzegging tegen de vroegst mogelijke datum waartegen zulks mogelijk zou zijn geweest.⁶

Hoewel het in de civielrechtelijke dogmatiek wellicht aannemelijk is dat de conversie van rechtswege intreedt en daarom bij declaratoir vonnis vastgesteld kan worden, is enige twijfel mogelijk. Wanneer de rechter⁷ een huurovereenkomst met betrekking tot een jachtrecht tegen een op nihil gestelde huurprijs nietig oordeelt en deze omzet in een huurovereenkomst tegen een door hem bepaalde huurprijs, dan lijkt de rechter toch een nieuwe rechtsbetrekking tussen partijen vast te stellen, althans een zodanige wijziging in die rechtsbetrekking aan te brengen, dat moeilijk voorstelbaar is dat deze wijziging 'van rechtswege' intreedt. Daargelaten of de Hoge Raad een dergelijke vergaande omzetting zal accepteren, rijst de vraag of hier nog wel sprake kan zijn van een declaratoir vonnis. Op dit punt lijkt de dogmatiek van conversie te wringen. De regeling van conversie kan geplaatst worden naast de regeling van de gewijzigde omstandigheden, bedoeld in artikel 6:258, lid 1, BW, op grond waarvan de rechter op

4 Zie: Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, a.w., p. 196.

5 Zie: Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, a.w., p. 199.

6 Zie o.m.: HR 16 februari 1972, NJ 1973, nr. 163; HR 12 november 1976, NJ 1977, nr. 140 en HR 23 januari 1981, NJ 1981, nr. 284; zie voor enige bijzondere wettelijke regelingen van privaatrechtelijke conversie: de art. 7A:1637 r, lid 1, en 1639 i, lid 2, BW en art. 2 juncto art. 29 Huurwet.

7 Arr. rb. Groningen 25 maart 1992, NJ 1993, nr. 23.

verzoek van een van partijen bij gewijzigde omstandigheden de gevolgen van een overeenkomst mag wijzigen (zie ook de artikel 5:78 en 5:80 BW ter zake erfdiensbaarheid). Daarbij is het vonnis van de rechter wel constitutief. Het is kennelijk niet voor niets dat er voorafgaande aan de totstandkoming van artikel 3:42 BW uitvoerig is gedebatteerd over de vraag of conversie door middel van constitutief dan wel bij wege van declaratoir vonnis diende te geschieden.⁸ Uiteindelijk is ter zake gekozen voor een declaratoir vonnis. Mijns inziens blijft twijfel hierover mogelijk. Een aspect vraagt hier nog bijzondere aandacht, namelijk of conversie ex tunc dan wel ex nunc werkt. Meestal is alleen een werking ex tunc zinvol en een constitutief vonnis dat ex tunc werkt lijkt in dit verband moeilijker plaatsbaar. Hieronder zal worden bekeken of artikel 3:42 BW binnen het bestuursrecht overeenkomstige toepassing kan vinden.

Artikel 3:42 BW en het bestuursrecht

4 Een publiekrechtelijke rechtshandeling is dogmatisch gezien althans wat aard en strekking betreft niet gelijk te stellen met een privaatrechtelijke rechtshandeling.⁹

Een besluit is op grond van artikel 1:3, lid 1, Awb een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling. Een publiekrechtelijke rechtshandeling berust op het publiekrecht c.q. het staats- en bestuursrecht. Een privaatrechtelijke rechtshandeling ontleent haar status aan het privaatrecht. Een rechtshandeling naar burgerlijk recht is per definitie geen publiekrechtelijke rechtshandeling. Hier past overigens wel de kanttekening dat deze definities niet uitsluiten dat de overheid publieke belangen kan dienen door het verrichten van privaatrechtelijke rechtshandelingen. Dat is evenwel een onderwerp (twee-wegenleer) dat hier niet aan de orde is.

In het bestuursrecht geldt de legaliteitseis: een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking dient in beginsel een wettelijke grondslag te hebben. De onderliggende wettelijke regeling bepaalt welk rechtsgevolg een besluit heeft en welk rechtsgevolg eventueel door een bestuursorgaan kan worden gewijzigd, vastgesteld of opgeheven.¹⁰ Anders gezegd: mede vanwege de gelede normstelling in het bestuursrecht mag worden aangenomen dat een bestuursorgaan door middel van zijn rechtshandeling (nieuw) recht

⁸ Zie bijvoorbeeld: Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, a.w., p. 198.

⁹ Vgl.: R.M. van Male, Onvoltooid recht, Over rechtsbetrekking, bestuursrecht en bestuursprocesrecht, inaugurele rede d.d. 3 juni 1993, Zwolle 1993, p. 13. Daar stelt hij dat in ieder geval uit het cassatiestelsel blijkt, dat het rechtskarakter van de publiekrechtelijke rechtshandeling verschilt van de privaatrechtelijke rechtshandeling. Volgens hem kunnen uitsluitend door staats- of publiekrechtelijke rechtshandelingen rechtsnormen worden vastgesteld, die als zodanig objectief recht inhouden.

¹⁰ Vgl.: F.C.M.A. Michiels, De AROB-beschikking, 's-Gravenhage 1987, p. 90 en D.A. Lubach, De verhouding privaatrecht-publiekrecht in het NBW, in: Bestuursrecht en (nieuw) burgerlijk recht, preadvies VAR, Alphen aan den Rijn 1986, p. 36 en vgl.: W.A.M. van Schendel, de boeken 3 en 5 van het Nieuw Burgerlijk Wetboek en het bestuursrecht, in: Bestuursrecht en (nieuw) burgerlijk recht, a.w., p. 78.

vaststelt.¹¹ Bij een privaatrechtelijke rechtshandeling wordt in deze zin geen recht geschapen of vastgesteld. In een civiele rechtsverhouding stellen partijen samen de inhoud van een rechtsbetrekking vast op basis van partij-autonomie. Ondanks alle vormen van (voor-)overleg, inspraak en/of horizontaal bestuur, stelt in het bestuursrecht doorgaans één partij de inhoud van de rechtsverhouding vast: het daartoe bevoegde overheidsorgaan. De rechtsbetrekking kent in het bestuursrecht daardoor een asymmetrische structuur.

Zowel inzake gebonden als vrije bevoegdheden is de keuzevrijheid van de overheid beperkt door de desbetreffende onderliggende wettelijke regeling (bij voorbeeld door de legaliteitseis en het specialiteitsbeginsel)¹² alsmede de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Wat de overheid wil of waar zij haar toestemming voor verleent, dient dus te worden bepaald op grond van de toepasselijke publiekrechtelijke normen.¹³ De inhoud van een publiekrechtelijke rechtsbetrekking wordt ingekleurd door het algemeen belang.¹⁴ Omdat tegen die achtergrond de *belangen van derden* een belangrijke rol spelen, is deze rechtsbetrekking tussen burger en bestuur eerder polyonaal dan bilateraal. Aldus speelt, anders dan in het privaatrecht, het autonomie-beginsel in het bestuursrecht geen rol.

In het bestuursrecht lijkt ook in verband met het rechtszekerheidsbeginsel de wil van een overheids- of bestuursorgaan bij zijn besluit niet van belang. Hierbij kan bij voorbeeld worden gedacht aan een besluit dat een fictieve weigering inhoudt. In het civiele recht bepaalt primair de geopenbaarde wil of er een rechtshandeling, bij voorbeeld een overeenkomst, tot stand komt.¹⁵ Wanneer daartoe de wil aanwezig is, dan wordt in principe de rechtshandeling tot stand gebracht. Het opgewekte vertrouwen speelt ter zake doorgaans een secundaire of corrigerende rol: ondanks het ontbreken van de wil kan het opgewekte vertrouwen meebrengen dat er toch een rechtshandeling tot stand komt (zie de artikel 3:33 en 3:35 BW). De betekenis van een publiekrechtelijke rechtshandeling lijkt aldus eerder te worden bepaald door haar strekking dan door de wil van het bestuursorgaan.¹⁶

Gelet op het voorgaande, verschillen - dogmatisch gezien althans wat hun aard en strekking betreft - publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtshandelingen, zodat

11 Zie: R.M. van Male in: Algemene wet bestuursrecht, commentaar op de Algemene wet bestuursrecht, de Wet openbaarheid van bestuur en Invoeringswetgeving, onder redactie van J.B.J.M. ten Berge, band 1, losbladig, Den Haag, commentaar op artikel 1.3, p. 27.

12 Het specialiteitsbeginsel houdt in dat bij de beslissing op grond van een regeling alleen die belangen mogen worden betrokken, die verband houden met de doelstelling van de desbetreffende regeling.

13 Zie: D.A. Lubach, a.w., p. 36: hij merkt daar onder meer in navolging van E.H.M. Hirsch Ballin terecht op dat beleidsvrijheid van de overheid niet gelijk is aan autonomie.

14 Vgl.: W.A.M. van Schendel, a.w., p. 78: hij merkt op dat tegenover de rechtshandeling naar privaatrecht, het op rechtsgevolgen gerichte handelen van de overheid als zodanig staat, en op p. 77 lijkt hij van oordeel dat de gebondenheid van de overheid aan een privaatrechtelijke rechtshandeling niet op het autonomiebeginsel, maar op het algemeen belang berust; en vgl. verder over het begrip rechtsbetrekking: A.F.M. Brenninkmeijer, Het procesrecht als proces, preadvies, in: Harmonisatie van procesrecht bij integratie van rechtspraak, Handelingen NJV, jrg. 121, Zwolle 1991, p. 24 e.v.

15 Vgl.: Asser-Hartkamp, a.w., p. 89.

16 Zie: F.C.M.A. Michiels, a.w., p. 33.

het niet voor de hand ligt om artikel 3:42 BW zonder meer krachtens de schakelbepaling van artikel 3:59 BW of naar analogie van toepassing te laten zijn op publiekrechtelijke rechtshandelingen zoals besluiten en beschikkingen.¹⁷

In de literatuur komt men nogal eens de stelling tegen dat de passage in artikel 3:59 BW: 'de toepasselijkheid buiten het vermogensrecht' ruim uitgelegd mag worden en dat deze passage ook doelt op het bestuursrecht.¹⁸ Blijkens de Memorie van Toelichting bij artikel 1:3 Awb.¹⁹ is ook de wetgever van oordeel dat de in Titel 2 van Boek 3 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek opgenomen algemene regels over rechtshandelingen al dan niet op basis van artikel 3:59 BW deels tevens voor publiekrechtelijke rechtshandelingen van betekenis kunnen zijn. Daarbij dient het onderscheid in het oog te worden gehouden tussen conversie van rechtshandelingen binnen het bestuursrecht - voor zover al mogelijk - en conversie van nietige bestuursrechtelijke rechtshandeling in privaatrechtelijke rechtshandelingen. De laatste vorm van conversie lijkt door de wetgever niet per se uitgesloten te worden geacht. Conversie ten aanzien van publiekrechtelijke overeenkomsten en overeenkomsten ten aanzien van het uitoefenen van publiekrechtelijke bevoegdheden, behoeft evenmin uitgesloten te worden geacht. Naar de huidige stand van de rechtsontwikkeling is hier door de wetgever wellicht te ver doorgedacht. Gelet op hetgeen hierboven over het verschil in aard en strekking van beide soorten rechtshandelingen is opgemerkt, mogen bij de stellingen van de wetgever kritische kanttekeningen worden geplaatst.²⁰ Het lijkt mij bovenal een, op zijn zachtst gezegd, wat vreemde constructie: een rechtshandeling naar burgerlijk recht valt niet onder het besluit-begrip van artikel 1:3, lid 1, Awb, maar de privaatrechtelijke regels van de rechtshandelingen naar burgerlijk recht zouden via een schakelbepaling weer wel op besluiten c.q. publiekrechtelijke rechtshandelingen van toepassing kunnen zijn.

17 Vgl.: M. Scheltema, De betekenis van het Nieuw BW voor de codificatie van het bestuursrecht; de schakelbepalingen van Boek 3, in: *Liber amicorum NBW* (opstellen aangeboden aan B.C. de Die) Arnhem/Deventer/Zwolle 1991, p. 57: hij meent dat bepalingen over gevallen waarin rechtshandelingen nietig of vernietigbaar zijn niet voor toepassing in het bestuursrecht in aanmerking komen, nu de regeling van het bestuursprocesrecht een ander regime voor publiekrechtelijke rechtshandelingen inhoudt.

18 Zie bij voorbeeld: F. van Ommeren, *Schakelbepalingen tussen Algemene wet bestuursrecht en nieuw BW*, Ae 1988, p. 552 en p. 554; zo ook: B. Wessels, *Fiscale overeenkomst*, Arnhem 1982, p. 45 en B. Wessels, *Het nieuwe BW en het bestuursrecht in: Overheid en burgerlijk recht*, Zwolle 1992, p. 80, en: W. Snijders, *Wederzijdse beïnvloeding van privaatrecht en bestuursrecht (NBW en Awb)*, in WPNR, themanummer *De overheid in het privaatrecht*, opgedragen aan J.M. Polak, nr. 6074 (1992), p. 1000, en zie: W. Snijders, Art. 3.1.15 NBW en de schakelbepalingen nader bezien, in: *Bestuursrecht en NBW (Juvat-bundel)*, Zwolle 1988, p. 50 en p. 59 en zie tot slot: *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Invoering boeken 3, 5 en 6, onder eindredactie van C.J. van Zeben en J.W. du Pon, Deventer 1990, p. 1015 en p. 1016 (M.V.A. I, Inv). Anders: D.A. Lubach, t.a.p. en W.A.M. van Schendel, a.w.: hij meent op p. 78 dat de regeling van conversie wel analoog van toepassing is op de publiekrechtelijke rechtshandeling, omdat die regeling los zou staan van de grondslag van de rechtshandeling. Hij zoekt het verschil tussen een publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtshandeling louter in een verschil in grondslag van gebondenheid.

19 TK 1988-1989, 21221, nr. 3, p. 38.

20 Zie voor kritiek ook: H.J. Simon, in: *Handboek Algemene Wet Bestuursrecht*, onder redactie van N.S.J. Koeman e.a., losbladig, Alphen aan den Rijn 1988, artikelsgewijs commentaar art. 1.3, p. 3: volgens hem heeft de wetgever uit het oog verloren dat het bij de Awb gaat om een dogmatisch en niet om een strategisch beschikkingsbegrip.

Jurisprudentie

5 Thans komt binnen het bestuursrecht een aantal procesregelingen voor, waarin de bevoegdheid van de rechter om zelf in de zaak te voorzien is opgenomen. Bij een oppervlakkige beschouwing lijkt deze rechtsfiguur op conversie, maar, zoals we hieronder aan de hand van de jurisprudentie zullen zien, is conversie een andere figuur dan het zelf in de zaak voorzien. Uit deze jurisprudentie zal blijken dat de rechter ruimte ziet om 'zonder zelf in de zaak te voorzien' in een aantal gevallen besluiten te converteren of om te zetten.

De TwK-rechter (de Afdeling voor de geschillen van bestuur van de Raad van State) en het zelf in de zaak voorzien.

Wanneer na vernietiging nog maar één rechtens juist besluit mogelijk is (Ermessensreduzierung auf Null), evenmin nader feitenonderzoek nodig is, en de rechten van derden niet in het gedrang komen, dan voorziet de TwK-rechter vaak zelf in de zaak als bedoeld in artikel 5, lid 1, van de TwK. Het 'desgeraden' zelf in de zaak voorzien komt het meeste voor in die geschillen die betrekking hebben op de uitoefening van gebonden bestuursbevoegdheden. De TwK-rechter beschouwt bij voorbeeld de wettelijke normen in het milieurecht niet als vage of open normen die het bestuur (veel) beleidsruimte laten.²¹

Volgens deze rechter bevatten die normen de opdracht om een uit technisch-wetenschappelijk oogpunt zo solide mogelijke beschikking te geven. De norm wordt vaak concreet ingevuld door technisch-wetenschappelijke (buitenwettelijke) richtlijnen (bij voorbeeld het Handboek Milieuvergunningen, NEN-normen en meet- en rekenvoorschriften). Bovendien speelt hier de invloed van het ambtsbericht een belangrijke rol, omdat de beoordeling van milieugeschillen doorgaans een grote mate van technisch-deskundige specialisatie vereist. Een andere factor die van belang lijkt bij het in ruime mate zelf voorzien in milieuzaken is de instemming van partijen. Soms geraken partijen tijdens de zitting onder invloed van het ambtsbericht nog tot overeenstemming. De rechter legt dan de inhoud van het compromis min of meer vast in zijn uitspraak.

Met name in milieuzaken lijkt de TwK-rechter er geen moeite mee te hebben om met toepassing van artikel 5, lid 1, TwK zelfstandig de vergunningvoorschriften aan te vullen of te wijzigen of vergunningen alsnog te weigeren dan wel vergunningaanvragen niet-ontvankelijk te verklaren.²² Soms voorziet de TwK-rechter zelf in de zaak in

21 Zie: M.D. van Wolferen, Ervaringen van de Afdeling voor de geschillen van bestuur als milieurechter in: L.J.A. Damen en R. Uylenburg (red.), Rechtsbescherming in het milieurecht, centrum voor milieurecht UvA, Zwolle 1990, p. 12 en G.H. Veringa, Terugblik en vooruitblik in: G.J.M. Jurgens e.a., (red.), Bestuursrechtspraak ingevolge de Tijdelijke wet Kroongeschillen, Zwolle 1991, p. 10 en R.J.G.M. Widdershoven e.a., Bestuursrechtspraak in milieugeschillen, Zwolle 1991, p. 314 en p. 315 alsmede G.T.J.M. Jurgens en R.J.G.M. Widdershoven, de Tijdelijke wet Kroongeschillen geëvalueerd, Gst. 6918, nr. 1, p. 157; T. ter Brugge e.a., Kroongeschillen en het nieuwe bestuursrecht; Evaluatie van de Tijdelijke wet Kroongeschillen, Deventer 1991, p. 213, p. 221 en p. 290.

22 Zie: G.J.M. Jurgens e.a., Bestuursrechtspraak ingevolge de Tijdelijke wet Kroongeschillen, Zwolle 1991, t.a.p.

geschillen over de uitoefening van vrije bestuursbevoegdheden, zoals geschillen over postzegelbestemmingsplannen.

De TwK-rechter (de Afdeling voor de geschillen van bestuur van de Raad van State) en conversie.

De TwK-rechter lijkt evenwel in navolging van de Kroon naast de mogelijkheid om zelf in de zaak te kunnen voorzien behoefte te hebben aan een figuur, die als conversie aangeduid kan worden, waarbij een nietige publiekrechtelijke rechtshandeling herleid wordt tot een rechtsgeldige. Een duidelijk voorbeeld van een dergelijke conversie biedt de uitspraak van de Afdeling voor de geschillen van bestuur van de Raad van State d.d. 13 februari 1992, nr. G05.90.1649.²³ Burgemeester en wethouders van Maastricht verleenden hier een revisie-vergunning als bedoeld in artikel 6a van de Hinderwet, voor een café-mosselrestaurant annex fitnesscentrum in de gemeente Maastricht. Toen b. en w. deze revisievergunning verleenden, was de onderliggende oprichtingsvergunning krachtens artikel 27, lid 4, van de Hinderwet reeds vervallen, omdat voordien appellante aan b. en w. schriftelijk had medegedeeld van deze oprichtingsvergunning geen gebruik te zullen maken.

Mitsdien hadden b. en w. ter zake geen revisievergunning, maar een oprichtingsvergunning moeten verlenen als bedoeld in artikel 2 van de Hinderwet. De Afdeling vernietigde het besluit van b. en w. waarbij de revisievergunning was verleend niet, maar oordeelde dat de revisievergunning *beschouwd diende te worden* als een oprichtingsvergunning. Ter motivering van deze beslissing voerde de Afdeling aan dat b. en w. bij het verlenen van de revisievergunning geen rekening hadden gehouden met de bestaande rechten, bedoeld in artikel 6a, lid 3, van de Hinderwet en dat de desbetreffende vergunningaanvraag door b. en w. was getoetst alsof het om een aanvraag voor een oprichtingsvergunning ging.

Deze uitspraak sluit naadloos aan op de uitspraken van de Kroon, waarbij in een aantal gevallen een oprichtingsvergunning in een revisievergunning werd geconverteerd.²⁴ De Kroon accepteerde daarentegen niet dat een oprichtingsvergunning in een uitbreidingsvergunning werd geconverteerd, omdat daardoor in dat geval de belangen van derden zouden kunnen worden geschonden.²⁵

23 Deze uitspraak is verschenen in: ABKort d.d. 4 april 1992, nr. 334.

24 Zie: KB 19 juni 1979, nr. 56, Bouwrecht 1979, p. 777 en KB 31 mei 1979, nr. 53, Bouwrecht 1979, p. 776: de Kroon converteerde hier omdat in de aanvraag de gehele inrichting was omschreven; zie ook: KB 11 maart 1980, nr. 28, Bouwrecht 1980, p. 621: opmerkelijk is dat de Kroon hier de aanvraag voor een hinderwetvergunning converteerde in een aanvraag voor een revisievergunning, omdat de desbetreffende aanvraag al de gehele inrichting aangaf. De Kroon converteerde dus vreemd genoeg een aanvraag i.p.v. een vergunning. Krachtens art. 14, lid 2, van de voormalige Hinderwet werd de aanvraag immers geacht deel uit te maken van de vergunning (zie thans art. 8.11, lid 1, Wm).

25 Zie: KB 19 juni 1979, nr. 56, Bouwrecht 1979, p. 777; zie ook: KB 6 november 1979, Bouwrecht 1980, p. 216: i.p.v. 3 vergunningen voor 3 onderdelen van één inrichting voor het bedrijf had één vergunning voor het gehele bedrijf aangevraagd moeten worden. De 3 deelvergunningen konden i.c. volgens de Kroon niet worden geconverteerd in een vergunning voor de gehele inrichting. Zie ook: KB 25 oktober 1985, nr. 21, Bouwrecht 1986, p. 358: volgens de Kroon kon een door burgemeester en wethouders van Barendrecht verleende oprichtingsvergunning voor een slagerij

Zowel de Kroon als de TwK-rechter lijken te onderzoeken of de belangen van derden zich niet tegen conversie verzetten. Dat lijkt op eenzelfde soort onderzoek zoals dat door de civiele rechter wordt verricht. Overigens moeten volgens de TwK-rechter de inhoud van de vergunningaanvraag en de daarbij verstrekte gegevens wel de ruimte bieden voor conversie. Immers, derden-belanghebbenden kunnen bij het maken van bezwaren in feite alleen op deze gegevens afgaan. Formeel beschouwd wordt evenwel in bovengenoemde gevallen door conversie de grondslag van de aanvraag verlaten. Aldus lijkt zo'n conversie op gespannen voet komen te staan met (het systeem) van de Wet milieubeheer (voorheen de Wet algemene bepalingen milieuhygiëne en de Hinderwet). Met het oog op het rechtszekerheidsbeginsel knelt in ieder geval dat deze conversie een expliciete wettelijke grondslag mist. Het valt namelijk op dat de TwK-rechter een beschikking niet met toepassing van artikel 5, lid 1, van de Tijdelijke wet Kroongeschillen (zelf in de zaak voorzien) converteert. De Kroon lijkt ter zake conversie evenmin zelf in de zaak te voorzien (zie artikel 58b, lid 1, WRvS). Noch de Kroon noch de TwK-rechter vernietigt derhalve de te converteren beschikking. Voor zover de desbetreffende vergunningaanvraag dat volgens hen toelaat, herleiden zij de onjuiste of ongeldige beschikking of vergunning tot een rechtens juiste of rechtsgeldige.

De Afdeling rechtspraak van de Raad van State en het zelf in de zaak voorzien.

Op 1 juli 1992 is artikel 99, lid 3, van de Wet op de Raad van State in werking getreden, op grond waarvan ook deze Afdeling *desgeraden* zelf in de zaak mag voorzien. Het is de vraag of de Afdeling rechtspraak op dezelfde wijze met deze bevoegdheid zal omgaan als de TwK-rechter. De Afdeling vernietigt in beginsel niet de primaire of oorspronkelijke beslissing, bij voorbeeld een besluit waarbij een bouwvergunning is verleend, maar de beslissing op het beroep of bezwaarschrift. Bij conversie wordt er geen besluit vernietigd. De Afdeling lijkt onder bepaalde omstandigheden bereid tot conversie. De conversie ziet dan uiteraard op het primaire of oorspronkelijke besluit van een bestuursorgaan.

De Afdeling rechtspraak van de Raad van State en conversie.

In het geval 'Vlissingen'²⁶ oordeelde de Afdeling dat voor conversie van een ten onrechte krachtens artikel 18a van de Wet op de Ruimtelijke Ordening verleende vrijstelling in een vrijstelling ingevolge het bestemmingsplan geen ruimte was. De Afdeling

annex worstenmakerij en -rokerij niet worden geconverteerd in een uitbreidings-, wijzigings- of revisievergunning, omdat de oprichtingsvergunning geen bestanddelen voor een dergelijke vergunning bevatte. Volgens de Kroon had de aanvrager ten onrechte om een vergunning verzocht voor het in werking houden van een inrichting en niet een verzoek ingediend, waarin hetzij alleen de uitbreiding of wijziging was verwerkt, hetzij een beschrijving van de gehele inrichting was gegeven, zodat burgemeester en wethouders aanvrager in haar aanvraag om een vergunning niet-ontvankelijk hadden moeten verklaren.

26 Zie: AR 20 september 1990, Bouwrecht 1990, p. 270; Gst. 6950, nr. 9, met naschrift van J.M.H.F. Teunissen.

stelde vast dat het onvoldoende duidelijk was of door b. en w. van Vlissingen de voor vrijstelling in het bestemmingsplan voorgeschreven procedure in acht was genomen (het horen van de commissie als bedoeld in het bestemmingsplan).

In de zaak 'St. Philipsland'²⁷ zag de Afdeling reden om een verklaring van geen bezwaar van GS van Noord-Holland ex artikel 19 WRO te beschouwen als (te converteren in) een verklaring van artikel 10, lid 3, van de bestemmingsplan-voorschriften. In de zaak 'Velsen'²⁸ converteerde de Voorzitter van de Afdeling rechtspraak een bestuursdwangaanschrijving ex artikel 152, lid 2, van de gemeentewet in een aanschrijving ex artikel 17, lid 6, juncto artikel 49, lid 8, van de Woningwet. In deze uitspraak motiveerde de Voorzitter niet waarom juist hier termen aanwezig waren voor conversie. Dat klemte te meer omdat volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak van de Raad van State een bestuursdwangaanschrijving in strijd is met de wet, wanneer zij gebaseerd is op een onjuiste wettelijke grondslag.²⁹ Dat is met het oog op de rechtszekerheid te verklaren. Overigens is een dergelijk gebrek met betrekking tot de bevoegdheidsgrondslag nog te herstellen in de bezwaarschriften-procedure.³⁰ Misschien zal in de toekomst in het kader van artikel 8:69, lid 2, Awb de rechter door middel van ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden een dergelijk gebrek kunnen 'opheffen'. Op deze rechtsplicht van de rechter om de rechtsgronden ambtshalve aan te vullen zal verderop nog worden ingegaan.

In de uitspraak 'Bolsward'³¹ achtte de Afdeling een bestuursdwangaanschrijving ten onrechte gebaseerd op artikel 152 van de gemeentewet en oordeelde de aanschrijving in strijd met de wet. Zij overwoog nog dat het niet uitgesloten moest worden geacht dat in een aantal artikelen van de APV Bolsward een basis voor de bestreden aanschrijving kon worden gevonden. Teneinde het bevoegdheidsgebrek te helen, achtte zij het onvoldoende dat deze artikelen alleen ter zitting waren vermeld. De Afdeling lijkt hier met het oog op artikel 8:69, lid 2, Awb onderzocht te hebben of aanvulling van de rechtsgronden mogelijk was.

Concluderend kan worden gesteld dat de jurisprudentie nog onvoldoende uitwijst wanneer de Afdeling rechtspraak conversie mogelijk acht. Evenmin is duidelijk waar de Afdeling eventueel een rechtsgrond voor conversie ziet. Uit de diverse uitspraken van de Afdeling rechtspraak blijkt ook niet in welke mate de Afdeling heeft onderzocht of in het desbetreffende geval de belangen van derden zich tegen conversie verzetten. Indien bij voorbeeld een met de wet strijdige bestuursdwangaanschrijving, dat wil zeggen een aanschrijving die niet is gebaseerd op een juiste wettelijke grondslag, door de rechter in het kader van conversie alsnog van een juiste wettelijke grondslag zou mogen worden voorzien, kan de rechtszekerheid in het gedrang komen. Wellicht greep de Afdeling rechtspraak voor 1 juli 1992 ook wel

27 AR 27 januari 1992, Gst. 6956, nr. 7, met naschrift van J.M.H.F. Teunissen.

28 Vz. AR 10 maart 1988, AB 1989, met noot van P.J.J. van Buuren

29 Zie o.m.: AR 31 oktober 1990, AB 1991, nr. 256, met noot van P.J.J. van Buuren.

30 Zie bij voorbeeld.: naschrift van H.Ph.J.A.M. Hennekens onder AR 28 maart 1991, Gst. 6936, nr. 3, op p. 43; zie ook de M.v.T. bij art. 6.3.16, lid 2, Awb (TK 1988-1989, 21221, nr. 3, p. 153).

31 Zie: AR 28 maart 1991, Gst. 6936, nr. 3.

eens naar het middel van conversie omdat zij voordien nog niet zelf in de zaak mocht voorzien.

De Centrale Raad van Beroep

Lange tijd heeft de CRvB voor bepaalde onderwerpen (bij voorbeeld de AAW en de WAO) aanvaard dat onjuiste voor beroep vatbare beslissingen door deze *anders of gewijzigd te lezen* in stand konden blijven.³² Deed zich bij voorbeeld de situatie voor dat de datum waarop een arbeidsongeschiktheidsuitkering wegens herstel werd ingetrokken tegen een onjuiste (te vroege) datum, dan werd de juiste datum in de voor beroep vatbare beslissing gelezen en werd vervolgens het beroep ongegrond verklaard. In de situatie van bij voorbeeld daglonen en premies was de CRvB strikter op dit punt. In het zicht van de Awb heeft de CRvB deze praktijk van anders lezen beëindigd. Sinds kort komt de CRvB in dergelijke situaties - anticiperend op de Awb - tot een andere oplossing. Indien hangende beroep het uitvoeringsorgaan een nieuwe - juiste - beslissing neemt, dan wordt die beslissing mede in de beoordeling betrokken. Artikel 6:18 Awb (zie ook artikel 6:19 Awb) zal hiervoor de grondslag gaan bieden.³³

In het ambtenarenrecht komt het voor dat, gelet op de mandaats-/delegatieverhoudingen, een daartoe niet bevoegd orgaan een besluit heeft genomen. In dat geval kan het zich voordoen dat het bevoegd orgaan het besluit van het onbevoegde orgaan *alsnog voor zijn rekening neemt*. De ambtenarenkamers van de CRvB hebben in hun jurisprudentie deze benadering in die zin aanvaard, dat het besluit alsdan geacht wordt te zijn genomen door het daartoe bevoegde orgaan.³⁴

Anders dan de Ambtenarenwet 1920, biedt de Beroepswet expliciet de bevoegdheid aan de rechter om zelf in de zaak te voorzien. Op sommige terreinen heeft de CRvB daarvan gebruik gemaakt. Bij voorbeeld in de sfeer van daglonen en premies stelt de CRvB alsnog in beroep de juiste bedragen vast.

De CRvB is terughoudend met de toepassing van de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien wanneer het uitvoeringsorgaan keuzevrijheid heeft. Blijkens recente jurisprudentie staat enige keuzevrijheid er echter niet zonder meer aan in de weg, dat de CRvB zelf in de zaak voorziet.³⁵

Conversie van onverbindend algemeen verbindende voorschriften in rechtsgeldige beleidregels en enkele algemene opmerkingen.

Van andere administratieve rechters zoals het College van Beroep voor het bedrijfsleven zijn mij geen uitspraken bekend, waarbij nietige of ongeldige besluiten werden geconverteerd. De Voorzitter van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven heeft re-

32 Zie: B.W.N. de Waard en M.S.E. Wulffraat-van Dijk, Kroniek rechtsbescherming, NTB 1993, p. 286.

33 Zie o.a. CRvB 24 juni 1992, AAW/WAO 1990/nr. 1120, RSV 1993, nr. 66.

34 Vgl. o.m.: CRvB 14 november 1991, TAR 1992, nr. 5 en CRvB 20 februari 1992, TAR 1992, nr. 87.

35 Zie o.a.: CRvB 20 juli 1993, AAW/WAO, 1991/nr. 878.

centelijk wel een onverbindend algemeen verbindend voorschrift in rechtsgeldige beleidsregels geconverteerd.³⁶ Een gebrek in de afkondiging met betrekking tot het tijdstip van inwerkingtreding van artikel 2. van de Provinciale Taxiverordening Zeeland, bracht volgens de Voorzitter van het college onverbindendheid van deze verordening mee, maar hij had er vervolgens weinig moeite mee om conversie toe te passen.

Onlangs beschouwde ook de Afdeling rechtspraak van de Raad van State³⁷ de Regeling geldelijke steun huisvesting gehandicapten 1989 (Staatscourant 1989, 124) bij gebreke van een formeel wettelijke grondslag niet als een algemeen verbindend voorschrift, maar als een samenstel van beleidsregels. De Afdeling lijkt hier eveneens een onverbindend algemeen verbindend voorschrift te converteren in rechtsgeldige beleidsregels. Zij heeft deze conversie in haar uitspraak evenwel niet gemotiveerd.

Tegen omzetting van onverbindende avv's in rechtsgeldige beleidsregels zijn door een aantal schrijvers bezwaren geuit, omdat voor een dergelijke conversie geen wettelijke basis voorhanden is.³⁸ Als een algemeen verbindend voorschrift, bij voorbeeld vervat in een gemeentelijke verordening, door de rechter in strijd wordt bevonden met de formele wet, althans een hogere wettelijke regeling, is daarmee niet gezegd dat het in een beleidsregel geconverteerde desbetreffende voorschrift zich materieel of formeel wel met die hogere wettelijke regeling verdraagt.

De beleidsregel kan op dezelfde grond als dat onverbindende algemeen verbindend voorschrift of op een andere grond onrechtmatig zijn. Bovendien worden in het kader van de Algemene wet bestuursrecht (zie hfdst. 3, Afd. 3.2, 3.5 en 3.6. Awb) ook aan beleidsregels eisen gesteld, bij voorbeeld met betrekking tot de voorbereiding, vaststelling, motivering, bekendmaking en inwerkingtreding ervan. Verder is in artikel 4.4.1. van de Awb voor beleidsregels een algemene wettelijke grondslag neergelegd, die - kort gezegd - inhoudt dat een bestuursorgaan beleidsregels kan vaststellen over de wijze waarop belangen worden afgewogen, feiten worden vastgesteld of wettelijke voorschriften worden uitgelegd bij het gebruik van een hem toebehorende of onder zijn verantwoordelijkheid uitgeoefende bevoegdheid. Dat artikel lijkt limitatief voor te schrijven voor welke doeleinden beleidsregels gesteld kunnen worden. Conversie van onverbindende algemeen verbindende voorschriften in beleidsregels kan op gespannen voet komen te staan met een hogere wettelijke regeling en/of de rechtszekerheid. Voor zover het wenselijk is dat de rechter een onverbindend algemeen verbindend voorschrift in een rechtsgeldige beleidsregel kan converteren, zou het aanbeveling verdienen een dergelijke rechterlijke bevoegdheid in ieder geval expliciet in de Algemene wet bestuursrecht op te nemen. Overigens zij opgemerkt dat blijkens hoofdstuk 8 van de Awb tegen besluiten die inhouden een algemeen verbindend voorschrift of een beleidsregel een rechtstreeks beroep op de administratieve rechter (vooralsnog?) is uitgesloten.

³⁶ Vz. CBB 16 november 1990, AB 1991, nr. 300

³⁷ AR 7 augustus 1992, Gst. 6952, 4, met naschrift van H.Ph.J.A.M. Hennekens.

³⁸ Zie: N. Verheij, Conversie van onverbindende wettelijke voorschriften in beleidsregels, RegelMaat 1989, p. 41 en J.H. van Kreveld, Beleidsregels in het recht, Deventer 1983, p. 269.

Wanneer de rechter tot conversie van een besluit (niet een avv of beleidsregel) of beschikking wil overgaan, dan dient hij in ieder geval na te gaan of door conversie de rechten of belangen van partijen of belanghebbenden niet worden geschaad. Een besluit dat door een bestuursorgaan in strijd met de wet of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur is genomen, is onrechtmatig en dient in beginsel te worden vernietigd. Uitsluitend wanneer een besluit geheel of gedeeltelijk wordt vernietigd, zal door de rechter, binnenkort de administratieve kamer van de rechtbank of, in beroep dan wel hoger beroep de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, de Centrale Raad van Beroep, het College van Beroep voor het bedrijfsleven, of de burgerlijke rechter ter zake dat besluit een schadevergoedingsvordering van partijen en/of belanghebbenden kunnen worden gehonoreerd (zie: artikel 8:73, lid 1, juncto artikel 8:72, lid 1, Awb, artikel 36, lid 1, of artikel 42 van de WRvS nieuw en artikel 6:162 BW; en vgl. artikel 99, lid 3, van de WRvS en artikel 5, lid 4, TwK. Conversie mag er mijns inziens niet toe leiden dat voor een belanghebbende de weg van een schadevergoedingsmogelijkheid wordt afgesneden.

Wanneer de rechter de bevoegdheid bezit om bepaalde onrechtmatige besluiten onder bepaalde voorwaarden te herleiden tot rechtsgeldige besluiten, dan zal dat trouwens ongetwijfeld proceseconomische voordelen, bij voorbeeld tijdwinst, opleveren en dus doelmatig zijn. Ik vraag mij daarbij af of de rechter niet bij voorbeeld via het zelf in de zaak voorzien, dat dezelfde voordelen oplevert, of via andere door de Awb geboden alternatieven, een met conversie vergelijkbaar resultaat kan bereiken. Ik denk althans dat de rechter ook om wille van de rechtszekerheid ter zake conversie ten minste aansluiting dient te zoeken bij wel expliciet wettelijk geregelde figuren.

Wettelijke aanknopingspunten voor conversie in het bestuursrecht

6 Zoals hierboven onder de inleiding al is aangegeven, gaat het in dit artikel vooral om een verkenning van het nog onontgonnen terrein van de bestuursrechtelijke conversie. De Algemene wet bestuursrecht geeft een aantal interessante (wettelijke) aanknopingspunten voor verdere ontwikkelingen op dit terrein. Ter zake conversie zou de rechter bij voorbeeld aansluiting kunnen zoeken bij de figuur zelf in de zaak voorzien (artikel 8:72, lid 4, Awb). Daarnaast kan nog gedacht worden aan een aantal andere rechtsfiguren als wettelijke aanknopingspunten voor conversie: het geheel of gedeeltelijk in stand laten van de rechtsgevolgen van het (gedeeltelijk) vernietigde besluit (artikel 8:72, lid 3, Awb), de instandlating van een besluit bij schending van een vormvoorschrift (artikel 6:22, Awb) en ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden (artikel 8:69, lid 2, Awb).

Het zelf in de zaak voorzien (zie: artikel 8:72, lid 4, Awb, artikel 8:80 Awb en de artikel 36, lid 1, 39, lid 1 en 42 WRvS nieuw).

Deze bevoegdheid is - zoals gezegd - vooral om proceseconomische redenen van belang: een procedure moet niet langer dan strikt noodzakelijk duren. Uitsluitend wanneer na vernietiging rechtens slechts één beslissing mogelijk is, lijkt de rechter van deze bevoegdheid gebruik te mogen maken. Anders bestaat immers het gevaar dat de rechter op de stoel van het bestuur gaat zitten. Verder kunnen partijen de rechter verzoeken om in de zaak te voorzien; dat mag ook een zaak betreffen die niet op een strikt gebonden bestuursbevoegdheid ziet. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur (meestal het vertrouwensbeginsel en/of het gelijkheidsbeginsel) kunnen namelijk ook meebrengen dat er nog maar één rechtens juiste beslissing kan worden genomen. Dat speelt bij voorbeeld in geval van een rechtens bindende toezegging vanwege het bestuursorgaan.

De rechter kan ook zelf voorzien ter zake primaire of oorspronkelijke bestuursbesluiten, die hij onrechtmatig acht. Het verdient in een voorkomend geval duidelijkheidshalve aanbeveling dat de Afdeling niet alleen de beslissing van het bestuursorgaan op het bezwaar- of beroepschrift (het secundaire besluit) vernietigt, maar daarbij tevens het primaire of oorspronkelijke besluit, bij voorbeeld een vrijstellingsbeslissing op basis van de Wet op de Ruimtelijke Ordening.

Voor het geval dat de uitspraak van de rechter in de plaats treedt van het bestreden besluit, schrijft artikel 8:80 Awb voor dat dan het bevoegde bestuursorgaan die uitspraak bekend moet maken op dezelfde wijze als het vernietigde besluit. Bij deze bepaling is met name de rechtszekerheid gediend. Wanneer de rechter zelf in de zaak voorziet, laat dat verder onverlet de mogelijkheid van belanghebbenden om schade te vorderen ter zake het vernietigde besluit (zie: artikel 8:72, lid 4, juncto artikel 8:72, lid 1, juncto artikel 73, lid 1, Awb).

Het geheel of gedeeltelijk in stand laten van de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit (nietigheid voor gedeeltelijk verklaren) (zie: artikel 8:72, lid 3, Awb, de artikel 36, lid 1, en 42 WRvS nieuw, artikel 5, lid 3, TwK, artikel 58b, lid 3 en artikel 99, lid 2 WRvS).

De administratieve rechter kan bepalen dat de (rechts)gevolgen van het vernietigde besluit of van het vernietigde gedeelte daarvan geheel of gedeeltelijk in stand blijven, omdat zulks op grond van een belangenafweging in de rede ligt.

Deze regeling ziet op bijzondere gevallen, waarbij de feitelijke gevolgen van een besluit bezwaarlijk ongedaan gemaakt kunnen worden. Indien de rechter artikel 8:72, lid 3, juncto artikel 8:73, lid 1, Awb toepast, bestaat voor justitiabelen ook de mogelijkheid om ter zake het (gedeeltelijk) vernietigde besluit schadevergoeding te vorderen (zie: artikel 8:72, lid 3, juncto artikel 8:72, lid 1, Awb).

De instandlating van een besluit bij schending van een vormvoorschrift (zie: artikel 6:22 Awb).

In artikel 6:22 van de Algemene wet bestuursrecht is min of meer de jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak gecodificeerd. Dat artikel houdt in dat schending van een vorm- of procedurevoorschrift voortvloeiend uit het geschreven of ongeschreven recht niet hoeft te leiden tot gegrondverklaring van een bezwaar of beroep. Zowel bestuursorganen als de rechter zullen op grond van deze bepaling bevoegd zijn om het bestreden besluit in stand te laten, mits daardoor geen (derden-)belanghebbenden worden benadeeld. Deze bepaling ziet op niet-substantiële vormgebreken, dat wil zeggen vormverzuimen die geen invloed blijken te hebben gehad op het besluit, of waarvan is gebleken dat geen belanghebbende er onevenredig nadeel van heeft ondervonden.³⁹ Dit artikel dient terughoudend te worden toegepast. Doorgaans beogen procedurele voorschriften immers tevens belangenbescherming. Anders gezegd: formele beginselen dienen over het algemeen ook inhoudelijke doeleinden. Deze bepaling lijkt voor de bezwaarschriftenprocedure overbodig, omdat in die procedure een besluit kan worden heroverwogen, waarbij in het nieuwe besluit de vormverzuimen kunnen worden hersteld (zie artikel 7:11 Awb). Voor administratief beroep geldt hetzelfde (zie artikel 7:25 Awb).⁴⁰ Wanneer de rechter aan deze bepaling toepassing geeft, bestaat er evenwel geen ruimte voor schadevergoeding. Het bestreden besluit wordt immers niet vernietigd. Het is de vraag hoe ver de rechter zal gaan om met behulp van deze bepaling formele gebreken te helen.

Artikel 6:22 Awb houdt in dat onder meer in stand kunnen worden gelaten: besluiten waarbij de voorschriften van de openbare voorbereidingsprocedure (Afd. 3.4 Awb) en van de uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure (Afd. 3.5 Awb) zijn geschonden en/of de voorschriften met betrekking tot de motivering zijn geschonden, voor zover het daarbij gaat om vormvoorschriften (Afd. 4.1.4 Awb) (bij voorbeeld een besluit is onvoldoende gemotiveerd, maar de betrokkene blijkt van de juiste motivering op de hoogte te zijn) dan wel voorschriften ten aanzien van de voorbereiding van een beschikking (Afd. 4.1.2 Awb). Verder kan in dit verband nog worden gedacht aan schending van het verbod van vooringenomenheid (artikel 2:4, lid 1, Awb, schending van de adviesverplichting (Afd. 3.3 Awb) of schending van de verplichting om bij de bekendmaking en de mededeling van een besluit, de beroepsmogelijkheid te vermelden (artikel 3:45 Awb) en een betrokkene desondanks de juiste weg heeft gevonden.⁴¹

In het kader van een bezwaarschriftenprocedure lijkt conversie van een besluit op grond van artikel 7:11, lid 2, Awb zonder meer mogelijk. Binnen het kader van een administratief beroep dito (7:25 Awb). Indien een bestuursdwangaanschrijving bij voorbeeld is gebaseerd op een onjuiste wettelijke grondslag, dan kan ook aldus een

39 Zie o.m.: G.P. Kleijn, in: Handboek Algemene wet bestuursrecht, a.w., Artikelsgewijs commentaar art. 6.22, p. 1; zie ook: J. Veltman, het passeren van procedurele gebreken, art. 6.2.14 Awb, Een rechtsvergelijkend perspectief, N.T.B. 1989, p. 33 e.v.

40 Vgl.: G.P. Kleyn, a.w., p. 2 en zie ook: B.W.N. de Waard, in: Algemene wet bestuursrecht, a.w., Artikelsgewijs commentaar art. 6.2.14, p. 14-2.

41 Zie: B.W.N. de Waard, a.w., p. 14-3.

gebrek door het betrokken bestuursorgaan nog bij de beslissing op het bezwaarschrift worden hersteld.⁴² In dit verband kan ook nog worden gerefereerd aan artikel 6:18 Awb. Deze bepaling regelt samen met artikel 6:19 Awb - kort gezegd - de bevoegdheid van een bestuursorgaan om zijn bestreden besluit in te trekken of te wijzigen tijdens het aanhangig zijn van bezwaar of beroep. Voor alle duidelijkheid zij vermeld, dat evengenoemde bepalingen geen grondslag kunnen bieden *voor de bevoegdheid van de rechter* om conversie toe te passen.

Aangezien artikel 6:22 Awb wat zijn toepassing betreft is beperkt tot schending van vormvoorschriften, zal de rechter conversie moeilijk kunnen baseren op deze bepaling. Conversie in bovenbedoelde zin ziet immers niet op het herstel van procedurele gebreken. Vernietiging van een besluit met instandblijving van de gevolgen, bedoeld in artikel 8:72, lid 3, Awb, kan er weliswaar evenmin toe leiden dat een ongeldig besluit een rechtsgeldig besluit wordt, maar refererend aan proceseconomische voordelen, kan daarmee wel een met conversie vergelijkbaar resultaat worden bereikt. Conversie dient, mijns inziens, evenwel omwille van de duidelijkheid door de rechter bij voorkeur binnen het wettelijke kader van het zelf in de zaak voorzien te worden toegepast. De rechter kan dan 'zelfvoorzienend' een rechtens onjuist of niet rechtsgeldig (primair) besluit herleiden tot of, liever gezegd, vervangen door een rechtens juist besluit. In het kader van het zelf in de zaak voorzien dient hij vanuit de leer van de machtscheiding ook bij de conversie van besluiten terughoudend te zijn, daar waar de beleidsvrijheid van bestuursorganen (dreigt) te worden geraakt.

Ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden (zie: artikel 8:69, lid 2, Awb en de artikel 36, lid 1, en 42 WRvS nieuw).

Het huidige bestuursprocesrecht verplicht de rechter niet om de rechtsgronden ambtshalve aan te vullen en het kent hem evenmin uitdrukkelijk een dergelijke bevoegdheid toe.⁴³ Zoals we hierboven al hebben gezien, kan zich in de bestuurspraktijk de situatie voordoen dat voor een bepaald besluit een 'rechtsgrond' is gekozen die door de rechter onjuist wordt geacht, terwijl er eventueel voor datzelfde besluit een andere rechtsgrond ware aan te wijzen. In dit verband kan gedacht worden aan artikel 8:69, lid 2, Awb. Maar ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden is zeker niet in alle gevallen mogelijk, omdat de wetgever ervoor gekozen heeft dat de reformatio in peius geen toepassing mag vinden. Een beslissing op beroep of bezwaar ten nadele van een justitiabele, staat immers op gespannen voet met het rechtszekerheids- en/of het vertrouwensbeginsel. Wanneer de rechter op evenbedoelde wijze, bij voorbeeld door zelf een juiste wettelijke grondslag voor een bestreden bestuursdwangaanschrijving te zoeken, de rechtsgronden gemakkelijk zou kunnen 'aanvullen', verdraagt zich dat naar mijn mening sowieso niet met de rechtszekerheid. Mede omdat de diversiteit van bestuursbesluiten zeer groot is, wordt hier volstaan met deze signalering.

⁴² Zie bij voorbeeld Vz. AR 24 mei 1993, ABkort 1993, nr. 956.

⁴³ Vgl. J.B.J.M. ten Berge en A.Q.C. Tak, Hoofdpijnen van het Nederlands administratief procesrecht, Zwolle 1987, p. 101.

Binnen het bestek van deze bijdrage past nog een vermelding van de wettelijk geregelde overgangsrechtelijke conversie in het bestuursrecht. Hierbij kan bij voorbeeld worden gedacht aan artikel XXII, lid 1, Wet milieubeheer (overgangsrecht). Teneinde te voorkomen dat oude vergunningen op basis van onder meer de voormalige Hinderwet, Afvalstoffenwet, Wet geluidhinder, Wet chemische afvalstoffen hun geldigheid verliezen, bepaalt dat artikel dat dergelijke vergunningen die vóór 1 maart 1993 zijn verleend en onherroepelijk zijn geworden, gelijk moeten worden gesteld met een vergunning, verleend krachtens de Wet milieubeheer (vgl. bij voorbeeld ook: artikel 89, lid 1, Afvalstoffenwet). Ten aanzien van AMvB's ex artikel 2a van de voormalige Hinderwet bepaalt artikel XXII, lid 9, Wet milieubeheer dat deze worden gelijkgesteld met AMvB's krachtens artikel 8.40 van de Wet milieubeheer en dat deze na 1 maart 1993 gewoon van kracht blijven. Deze overgangsrechtelijke conversie is van een andere aard dan de conversie in de eerder besproken zin. Bij het in werking treden van de nieuwe wet wordt een bepaald besluit, dat onder de oude wet rechtsgeldig tot stand gekomen is, maar dat de nieuwe wet niet meer kent, omgezet in het besluit dat de nieuwe wet voor de oude in de plaats stelt. Het desbetreffende besluit was naar oud recht geldig en zijn rechtsgevolg wordt ook niet ongedaan gemaakt door de inwerkingtreding van de nieuwe wet. In dit verband kan tot slot nog worden verwezen naar de jurisprudentie over 'weggetoetste' overgangsbepalingen bij bestemmingsplannen. Volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak van de Raad van State moet een weggetoetste overgangsbepaling -zolang deze niet (gewijzigd) is vastgesteld op basis van artikel 30, lid 1, van de Wet op de Ruimtelijke Ordening- gelezen en gehanteerd worden in de door de Kroon of Gedeputeerde Staten gewenste redactie.⁴⁴ Een dergelijke conversie wordt trouwens door de rechter uitsluitend toegepast indien het belang van de justitiabele dat vordert.

Conclusies en slotopmerkingen

7 De bestuursrechtelijke conversie lijkt op de privaatrechtelijke conversie, die is geregeld in artikel 3:42 BW. Omdat dogmatisch gezien, althans wat hun aard en strekking betreft, de privaatrechtelijke rechtshandeling en de bestuursrechtelijke rechtshandeling verschillen, kan artikel 3:42 BW niet zonder meer binnen het bestuursrecht toepassing vinden.

De vernietiging van een besluit waarmee een justitiabele (nog) niets opschiet, moet naar mijn mening zoveel mogelijk worden vermeden. Met het oog op proces-economische voordelen lijken vooral de TwK-rechter (voorheen de Kroon) en de Afdeling rechtspraak van de Raad van State, indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan, bereid om zonder zelf in de zaak te voorzien rechtens onjuiste of niet rechtsgeldige

⁴⁴ Zie o.a.: AR 6 november 1981, AB 1982, nr. 52, BR 1982, p. 66

besluiten c.q. publiekrechtelijke rechtshandelingen te herleiden tot rechtens juiste of rechtsgeldige. De figuur van de bestuursrechtelijke conversie mist evenwel een expliciete wettelijke grondslag. Conversie lijkt binnen het bestuursrecht min of meer te zweven. Uit het oogpunt van de rechtszekerheid is dat onwenselijk, te meer omdat conversie ziet op besluiten die formeel beschouwd in strijd zijn met de wet.

De bestuursrechtelijke conversie lijkt echter geen aparte regeling te behoeven in de Awb. Duidelijkheidshalve dient de rechter, naar mijn idee, waar nodig voortaan conversie toe te passen door op grond van artikel 8:72, lid 4, Awb of artikel 36, lid 1, dan wel artikel 42 WRvS (nieuw), zelf in de zaak te voorzien, waarbij hij de belangen van derden in aanmerking dient te nemen.⁴⁵ Daarbij dient hij bovendien eventuele beleidsvrijheid van een bestuursorgaan te respecteren en moet hij in ieder geval zijn beslissing om tot conversie over te gaan deugdelijk motiveren.

In het privaatrecht vormen de redelijkheid en billijkheid de grondslag voor conversie. In het bestuursrecht kunnen mijns inziens het zelf in de zaak voorzien tezamen met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waarbij meer in het bijzonder kan worden gedacht aan het rechtszekerheidsbeginsel, de grondslagen voor conversie zijn. Hierbij past nog de nuancering dat evengenoemde wettelijke bepalingen met betrekking tot het zelf in de zaak voorzien aan de administratieve rechter de bevoegdheid verlenen om conversie toe te passen (zij vormen de wettelijke bevoegdheidsgrondslag), terwijl de algemene beginselen van behoorlijk bestuur naar mijn mening meer als rechtsgrond voor conversie kunnen fungeren (rechtsgrondslag). De rechtsontwikkeling zal leren binnen welk wettelijk kader de bestuursrechtelijke conversie geplaatst moet worden: binnen het zelf in de zaak voorzien of wellicht toch binnen een ander wettelijk kader.

Wanneer de rechter zelf in de zaak voorziet, dan vernietigt hij eerst de bestreden beslissing, voordat hij zijn (nieuwe) beslissing daarvoor in de plaats stelt. Op deze wijze wordt de rechtstoestand door de rechter gewijzigd.⁴⁶ De rechter voorziet aldus door middel van een constitutieve uitspraak zelf in de zaak. Dat brengt mee dat bestuursrechtelijke conversie - anders dan in het privaatrecht - aldus bij wege van een constitutieve uitspraak zal worden toegepast.

Ter zake de conversie van onverbindende algemeen verbindende voorschriften in rechtsgeldige beleidsregels dient de wetgever zich duidelijk uit te spreken. Als de wetgever een dergelijke mogelijkheid van conversie wenselijk acht, zal daarvoor in de Awb een speciale regeling opgenomen moeten worden.

45 In beroep en hoger beroep zal de bevoegdheid van de CRvB om zelf in de zaak te voorzien te zijner tijd gegrond zijn op respectievelijk art. 17, lid 1, en art. 24 van de nieuwe Beroepswet. Art. 19, lid 1, van de Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie regelt deze bevoegdheid van het CBb.

46 Vgl.: annotatie van A.F.M. Brenninkmeijer in AB 1993, p. 1068; Vernietiging houdt in dat juridisch gezien het bestreden besluit er niet meer is, en, sterker nog, geacht moet worden er nooit geweest te zijn. Vernietiging werkt dus *ex tunc*.